

[AZA 0/2]
4C.19/2001/bmt

I. ZIVILABTEILUNG

25. Mai 2001

Es wirken mit: Bundesrichterinnen und Bundesrichter Leu,
präsidierendes Mitglied, Corboz, Klett, Rottenberg
Liatowitsch, Nordmann und Gerichtsschreiber Lanz.

In Sachen

A. _____, Beklagter und Berufungskläger, vertreten durch Fürsprecher Dr. Thomas Eichenberger,
Kapellenstrasse 14, Postfach 6916, 3001 Bern,

gegen

G. _____ AG, Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christoph C.
Joller, Av. de Tivoli 3, 1701 Freiburg,

betreffend

Forderung; Zession, hat sich ergeben:

A.- a) Mit rechtskräftigem Urteil vom 25. Mai 1994 sprach das Handelsgericht des Kantons Bern der
X. _____ AG eine Zinsforderung gegen die Kollektivgesellschaft Y. _____ & Cie. zu. Grundlage
dieser Zinsforderung war ein der Y. _____ & Cie. von der X. _____ AG Ende 1986 gewährtes
Darlehen, wobei das Handelsgericht seinem rechtskräftigen Urteil eine Darlehenshöhe von Fr.
1'485'105. 60 zugrunde legte. Gesellschafter der Y. _____ & Cie. waren neben A. _____
(Beklagter) neun weitere Personen.

b) Mit Zessionen vom 30. Juni 1993 trat die X. _____ AG aus der ihr gegen die Y. _____ & Cie.
zustehenden Darlehensforderung zweimal einen Betrag von Fr. 480'000.--, mithin gesamthaft Fr.
960'000.--, an die deutsche Aktiengesellschaft E. _____ AG (fortan [...]) ab. Gemäss dem die
Bedingungen für diese Abtretungen regelnden Darlehens- und Pfandvertrag vom 14. Dezember 1993
wurde der Preis für die Zessionen auf den Betrag der abgetretenen Forderungen bestimmt und als
Darlehen gestundet; die abgetretenen Forderungen wurden überdies der X. _____ AG bis zur
vollständigen Tilgung des Kaufpreises als Sicherheit verpfändet. Ob die abgetretenen Forderungen
durch Verrechnung ganz oder teilweise getilgt wurden, ist umstritten.

c) Nach Eintritt der Rechtskraft des eingangs erwähnten Handelsgerichtsurteils vom 25. Mai 1994
fanden zwischen der Y. _____ & Cie. bzw. deren Kollektivgesellschaftern und der X. _____ AG
Verhandlungen über eine Rückzahlung des von Letzterer gewährten Darlehens und Entlassung der
Gesellschafter der Y. _____ & Cie. aus der Solidarhaft statt. Am 3. März 1995 kam es zu einem
Vergleich zwischen der X. _____ AG auf der einen sowie dem Beklagten und zwei weiteren
Gesellschaftern der Y. _____ & Cie. auf der anderen Seite. Darin verpflichteten sich die drei am
besagten Vergleich beteiligten Gesellschafter der Y. _____ & Cie. , ihre insgesamt 576, 5
X. _____-Aktien auf die X. _____ AG zu übertragen. Diese erklärte im Gegenzug, für ihre
Forderung gegenüber der Y. _____ & Cie.
im Umfang des Anteils der drei Gesellschafter befriedigt worden zu sein und "für den Fall von
Ausfällen bei dritten Gesellschaftern" auf die Geltendmachung des Ausfalls gegenüber den
Vertragspartnern zu verzichten. Im Übrigen erklärten sich die Parteien als per Saldo aller Ansprüche
auseinandergesetzt.

Ob dieser Vergleich in Kenntnis und mit Zustimmung der E. _____ AG und späterer
Zessionarinnen auch die am 30. Juni 1993 abgetretenen Teilforderungen umfasste, ist umstritten.

d) Am 25. April 1995 wurde über die Y. _____ & Cie. der Konkurs eröffnet. Das Verfahren wurde
gemäss Verfügung des Konkursrichters von Bern vom 23. Mai 1995 mangels Aktiven eingestellt und
die Gesellschaft in der Folge liquidiert.

Am 19. Oktober 1995 erfolgte die Löschung im Handelsregister.

e) Am 28. September 1995 zederte die E. _____ AG die ihr am 30. Juni 1993 von der X. _____ AG abgetretenen Forderungen gegen die Y. _____ & Cie. an die deutsche V. _____ GmbH weiter, welche am 16. März 1997 auch die Verpflichtungen aus dem zwischen der X. _____ AG und der E. _____ AG geschlossenen Darlehens- und Pfandvertrag übernahm. Am 15. Juni 1997 trat die V. _____ GmbH die erwähnten Forderungen an die damals noch unter G. _____ SA firmierende G. _____ AG (Klägerin) ab. Diese notifizierte dem Beklagten die Zession mit Schreiben vom 13. August 1997 und forderte ihn als solidarisch haftenden Gesellschafter der konkursiten Y. _____ & Cie. auf, den Betrag von Fr. 960'000.-- nebst Zins zu bezahlen. Der Beklagte widersetzte sich diesem Begehren.

B.- Mit Klage vom 30. Juli 1998 machte die Klägerin die Zinsen auf den von der X. _____ AG an die E. _____ AG und später über die V. _____ GmbH an sie weiterzedierten beiden Teilforderungen von je Fr. 480'000.--, also gesamthaft Fr. 960'000.--, geltend für die Zeit vom 30. Juni 1993 bis am 25. April 1995 (Datum der Konkurseröffnung über die Y. _____ & Cie.). Sie verlangte vom Beklagten demgemäss die Zahlung von Fr. 113'862. 10 und beantragte gleichzeitig in diesem Umfang die Erteilung der Rechtsöffnung in der gegen den Beklagten eingeleiteten Betreibung. Der Beklagte stellte den Antrag, die Klage sei wegen mangelnder Handlungs- und Prozessfähigkeit der Klägerin (leerer Aktienmantel) zurückzuweisen, eventualiter vollumfänglich abzuweisen. Mit Urteil vom 18. April 2000 hiess das Handelsgericht des Kantons Bern die Klage gut.

C.-Der Beklagte führt gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 18. April 2000 eidgenössische Berufung. Er beantragt dem Bundesgericht, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klage sei zurückzuweisen bzw. abzuweisen; eventualiter sei die Streitsache zur Ergänzung des Sachverhaltes und zu neuer Entscheidung an die kantonale Instanz zurückzuweisen. Die Beklagte schliesst auf Nichteintreten, subsidiär Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Das Bundesgericht hat seiner Entscheidung im Berufungsverfahren die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als wahr und vollständig zugrunde zu legen, es sei denn, sie beruhen auf einem offensichtlichen Versehen, seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen oder bedürften der Ergänzung, weil das Sachgericht in fehlerhafter Rechtsanwendung einen gesetzlichen Tatbestand nicht oder nicht hinreichend klärte, obgleich ihm entscheidungswesentliche Behauptungen und Beweisangebote dazu prozesskonform unterbreitet worden waren (Art. 63 und 64 OG; BGE 125 III 368 E. 3 S. 372, 193 E. 1e S. 205; 123 III 110 E. 2; 115 II 484 E. 2a). Werden solche Ausnahmen geltend gemacht, hat die Partei, die den Sachverhalt berichtet oder ergänzt wissen will, darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG). Eine Ergänzung setzt zudem voraus, dass entsprechende Sachbehauptungen bereits im kantonalen Verfahren prozesskonform aufgestellt, von der Vorinstanz aber zu Unrecht für unerheblich gehalten oder übersehen worden sind, was wiederum näher anzugeben ist. Ohne diese Angaben gelten Vorbringen, welche über die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil hinausgehen, als neu und damit als unzulässig (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG). Eine blosser Kritik an der Beweiswürdigung des Sachrichters ist, soweit nicht Vorschriften des Bundesrechts in Frage stehen, von der Berufung ausgeschlossen (BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 12; 120 II 97 E. 2b S. 99; 119 II 84 E. 3 S. 85; 115 II 484 E. 2a S. 485/6 mit Hinweisen).

Soweit der Beklagte zur Begründung seines Standpunktes auf Tatsachen verweist, welche im angefochtenen Urteil keine Stütze finden und er keine der erwähnten Ausnahmen geltend macht, kann auf die Berufung nicht eingetreten werden.

2.- Der Beklagte macht geltend, bei der Klägerin habe es sich im Zeitpunkt der Klageeinreichung um eine faktisch liquidierte Aktiengesellschaft und daher um einen leeren Aktienmantel gehandelt. Es sei ihr deshalb die Rechtsfähigkeit und damit die Prozessfähigkeit abzuspochen.

a) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Mantelgesellschaft vor, wenn die Gesellschaft wirtschaftlich vollständig liquidiert und von den Beteiligten aufgegeben wurde. Eine solche Aktiengesellschaft muss im Handelsregister gelöscht werden (BGE 123 III 473 E. 5c S. 484 mit weiteren Hinweisen). Zu beachten ist allerdings, dass von einem Aktienmantel nur bei einer definitiv aufgegebenen Gesellschaft die Rede sein kann; eine bloss vorübergehende Untätigkeit genügt dagegen nicht (BGE 94 I 562 E. 1 S. 564; 80 I 60 E. 2).

b) Die Vorinstanz stellte fest, dass die Klägerin von ihrem Aktionariat nicht aufgegeben worden sei.

Dies werde gerade dadurch bewiesen, dass die Klägerin die vorliegende Klage führe und einen Gerichtskostenvorschuss geleistet habe. Ob diese Ausführungen auf einem bundesrechtskonformen Verständnis des Erfordernisses der Aufgabe einer Aktiengesellschaft beruhen, scheint fraglich, denn das Handelsgericht stützt seine Erwägungen ausschliesslich auf Handlungen der Klägerin, welche diese gerade in demjenigen Verfahren vorgenommen hat, in welchem ihre Prozessfähigkeit bestritten wird.

Entscheidend für die Annahme eines Aktienmantels ist die definitive Aufgabe der Geschäftstätigkeit. Eine solche liegt selbst nach den Vorbringen des Beklagten nicht vor. Er macht geltend, die Klägerin habe im Jahre 1997 ihre Tätigkeit aufgegeben. Nach den Feststellungen der Vorinstanz wurden die strittigen Forderungen am 15. Juni 1997 an die Klägerin abgetreten. Am 13. August 1997 notifizierte die Klägerin dem Beklagten die Zessionen und beschritt in der Folge zur Eintreibung der geltend gemachten Forderungen den Rechtsweg. Diese Aktivitäten der Klägerin stellen eine Geschäftstätigkeit dar, weshalb ihre Untätigkeit im Jahre 1997 allenfalls als vorübergehende zu qualifizieren wäre. Dies genügt für die Annahme einer definitiven Aufgabe der Aktiengesellschaft durch das Aktionariat nach der Rechtsprechung nicht (vgl. oben E. 2a). Da entgegen der vom Beklagten vertretenen Auffassung im angefochtenen Urteil nicht festgestellt wird, dass die Aktien der Klägerin verkauft wurden, wäre überdies von einer Stilllegung mit anschliessender Reaktivierung der Klägerin auszugehen. Für diesen Fall gehen auch die vom Beklagten angeführten Autoren nicht von einer inexistenten Gesellschaft aus (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, S. 870/1 Rz. 169). Unter diesen Umständen braucht nicht geprüft zu werden, ob die Klägerin ihre Rechtsfähigkeit ohnehin erst mit der Löschung im Handelsregister verlieren würde (BGE 117 III 39 E. 3b; 73 III 61 E. 1; 64 II 150 E. 1; 42 III 37, S. 40; zum Meinungsstand in der Lehre vgl. Prader, Die Vorrats- oder Mantelgesellschaft im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Freiburg 1995, S. 84 ff. mit weiteren Hinweisen).

c) Der Beklagte beruft sich darauf, dass die vorliegende Streitigkeit vom statutarischen Zweck der Klägerin nicht gedeckt und diese seit Jahren überschuldet sei. Er übersieht dabei, dass nach Lehre und Rechtsprechung die zur Vertretung befugten Personen einer Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen können, welche durch den Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen werden (BGE 116 II 320 E. 3a S. 323 mit Hinweisen). Nachdem die Vorinstanz zutreffend erkannt hat, dass vorliegend die Geltendmachung einer bestrittenen Forderung unter diese weite Definition der zweckgemässen Geschäfte zu subsumieren ist, kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagte als (angeblicher) Schuldner aus dem statutarischen Zweck der gegen ihn vorgehenden Gläubigerin überhaupt etwas zu seinen Gunsten ableiten kann (zur Relevanz des Zweckes vgl. die Übersicht bei Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., S. 106 Rz. 52 ff.). Die vom Beklagten ins Feld geführte Überschuldung der Klägerin sowie die behaupteten Verstösse des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle gegen Art. 725 Abs. 2 bzw. Art. 729b Abs. 2 OR vermögen schliesslich allenfalls eine Verantwortlichkeit der genannten Organe gemäss Art. 754 und Art. 755 OR zu begründen; wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat, bieten diese Vorschriften einem belangten Schuldner jedoch keine Handhabe, sich gegen eine Inanspruchnahme durch eine angeblich überschuldete Gesellschaft zur Wehr zu setzen.

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz die Prozessfähigkeit der Klägerin im Ergebnis bundesrechtskonform bejaht.

3.- Der Beklagte macht geltend, die Zessionen von der ursprünglichen Gläubigerin X. _____ AG an die E. _____ AG, von dieser an die V. _____ GmbH und schliesslich an die Klägerin seien fiduziarische Rechtsgeschäfte. Hinter den vorgeschobenen Zessionarinnen stehe in Wirklichkeit die X. _____ AG. Diese aber habe sich mit dem Beklagten im Vergleich vom 3. März 1995 als per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt erklärt. Im Lichte dieser Saldoklausel sei es offensichtlich rechtsmissbräuchlich, wenn die X. _____ AG über die Klägerin als vorgeschobene Mittelsfirma die angeblich abgetretenen Teilforderungen geltend mache. Es rechtfertige sich daher, von der juristischen Selbständigkeit der Klägerin abzusehen und "einen Durchgriff bis auf die X. _____ AG vorzunehmen".

Die Vorinstanz stellte fest, dass dem Beklagten vor Unterzeichnung des Vergleichs mit der X. _____ AG am 3. März 1995 bewusst war, dass die X. _____ AG eine Forderung gegen die Y. _____ & Cie. von gesamthaft Fr. 960'000.-- an die E. _____ AG abgetreten hatte.

Daraus schloss das Handelsgericht, dass der Beklagte wusste, dass er sich durch den mit der X. _____ AG abgeschlossenen Vergleich von seiner Schuldpflicht gegenüber der E. _____ AG

bzw. gegenüber späteren Zessionarinnen nicht befreien konnte. Diese Erwägungen basieren auf einer Würdigung der Beweise und sind für das Bundesgericht verbindlich (vgl. oben E. 1). Ist im Berufungsverfahren somit davon auszugehen, dass die strittigen Forderungen vom Vergleich vom 3. März 1995 nicht erfasst wurden, kann in deren Geltendmachung durch die Klägerin kein Rechtsmissbrauch erblickt werden. Die Rüge des Beklagten erweist sich daher als unbegründet.

4.- Der inzwischen verstorbene B._____ war wie der Beklagte Kollektivgesellschafter der Y._____ & Cie. und haftete als solcher für deren Verbindlichkeiten ebenfalls solidarisch (Art. 568 Abs. 1 OR). Der Beklagte macht geltend, die E._____ AG als erste Zessionarin habe die dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegende Forderung im Umfang von Fr. 480'000.-- mit einer Gegenforderung von B._____ verrechnet. Die Klage sei deshalb im hälftigen Betrag abzuweisen.

a) Gemäss dem angefochtenen Urteil erklärte die E._____ AG mit Schreiben vom 6. bzw. 15. September 1993 an B._____, dass sie dessen Forderung aus einem Vergleich vom 11./14. September 1992 über DM 500'000.-- samt aufgelaufener Zinsen mit der ihr von der X._____ AG abgetretenen Teilforderung gegen die Y._____ & Cie. über Fr. 480'000.-- verrechne. Im kantonalen Verfahren war umstritten, ob die Voraussetzungen für die persönliche Belangbarkeit von B._____ (Art. 573 Abs. 3 i.V.m. Art. 568 Abs. 3 OR) im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung der E._____ AG überhaupt gegeben waren. Die Vorinstanz liess diese Frage ausdrücklich offen, da nach ihrer Auffassung die Verrechnungserklärung der E._____ AG aus einem anderen Grund keine Wirkung zeitigte. Im Folgenden ist daher der Standpunkt des Beklagten, wonach die Verrechnung rechtsgültig erfolgt sei, als zutreffend zu unterstellen und zu prüfen, ob die auf dieser Annahme beruhenden Erwägungen der Vorinstanz bundesrechtskonform sind.

b) Das Handelsgericht erwog unter Hinweis auf Art. 114 Abs. 3 OR und Art. 801 Abs. 1 ZGB, durch die Verrechnungserklärung der E._____ AG sei zwar die Hauptforderung von B._____ untergegangen, nicht jedoch das hierfür auf einer Liegenschaft in Augsburg haftende Grundpfandrecht.

B._____ habe in der Folge seine Zustimmung zur Löschung des Pfandrechts trotz entsprechender vertraglicher Verpflichtung nicht gegeben. Vielmehr sei im Spätherbst 1993 die Forderung von B._____ sowie das dafür haftende Grundpfand gegen eine Gesellschaft bürgerlichen (deutschen) Rechts namens "Projektgemeinschaft R._____" als neue Schuldnerin erneuert worden. Als Gesellschafterin der "Projektgemeinschaft R._____" habe die E._____ AG damit weiterhin für die Forderung von B._____ gehaftet, was es diesem ermöglicht habe, eineinhalb Jahre danach durch seinen deutschen Anwalt die Zwangsverwertung des Pfandes zu beantragen.

Mit dieser "Neuordnung der Verhältnisse" sei auch die Verrechnungsforderung der E._____ AG wieder aufgelebt.

c) Ob Art. 801 Abs. 1 ZGB auf das hier in Frage stehende Grundpfand, welches auf einem Grundstück in Deutschland lastete, Anwendung findet, ist im Lichte von Art. 99 Abs. 1 IPRG zumindest fraglich. Da die vorinstanzliche Begründung aus einem anderen Grund nicht im Einklang mit dem Bundesrecht steht, braucht darauf jedoch nicht weiter eingegangen zu werden.

Die Verrechnung als Gestaltungsgeschäft ist bedingungsfeindlich und unwiderruflich (BGE 107 Ib 98 E. 8d S. 111; aus der Lehre statt vieler Aepli, Zürcher Kommentar, N. 68 ff. zu Art. 124 OR). Wollen die Parteien die vor der Verrechnungserklärung bestehende Rechtslage wiederherstellen, müssen sie die durch die Verrechnung erloschenen Obligationen vertraglich neu begründen (Aepli, Zürcher Kommentar, N. 75 zu Art. 124 OR). Der Vorinstanz kann somit nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, die Verrechnungsforderung der E._____ AG sei durch die Neuordnung der Verhältnisse wieder aufgelebt; vielmehr lag allenfalls eine Neubegründung einer Forderung vor (von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, S. 207). Damit ist zu prüfen, ob die von der Vorinstanz angenommene Neuordnung der Verhältnisse durch B._____ und die E._____ AG eine Verpflichtung des Beklagten zur Folge haben konnte.

Grundvoraussetzung einer Belangbarkeit des Beklagten für die durch Verrechnung untergegangene Forderung der E._____ AG gegen die Y._____ & Cie. wäre, dass B._____ eine solche Forderung der E._____ AG im Namen der Y._____ & Cie. gültig neu begründet hat. Eine solche Neubegründung stünde indessen im Widerspruch zur Annahme, dass die Verrechnung zunächst gültig erfolgt sei. Denn die - unterstellte - Gültigkeit der Verrechnung durch die E._____ AG gegenüber B._____ setzt voraus, dass die Y._____ & Cie. im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung aufgelöst war und dass dies der E._____ AG bekannt war, denn nur unter dieser Bedingung war der Kollektivgesellschafter B._____ überhaupt persönlich belangbar (Art.

568 Abs. 3 OR). War aber die Y. _____ & Cie. aufgelöst, konnte B. _____ keine neue Forderung in deren Namen eingehen; mindestens fehlt es bei dieser Sachlage an der notwendigen Gutgläubigkeit der E. _____ AG im Sinne von Art. 563 OR.

Ob sich B. _____ im Rahmen der Neuordnung der Verhältnisse allenfalls persönlich gegenüber der E. _____ AG verpflichtet hat (vgl. Art. 146 OR), ist im vorliegenden Verfahren unerheblich.

d) Zusammengefasst kann entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht offen bleiben, ob im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung der E. _____ AG gegenüber B. _____ ein Grund für die Auflösung der Y. _____ & Cie. vorlag und B. _____ als Kollektivgesellschafter der Y. _____ & Cie.

deshalb gemäss Art. 573 Abs. 3 i.V.m. Art. 568 Abs. 3 OR persönlich belangbar war (vgl. dazu BGE 100 II 376 E. 2).

Ist die Frage nämlich zu bejahen, ist die Verrechnungsforderung untergegangen und eine Neubegründung durch B. _____ im Namen der Y. _____ & Cie. und damit eine Verpflichtung des Beklagten zu verneinen; lag demgegenüber kein Auflösungsgrund vor, konnte die Verrechnungsforderung mangels persönlicher Belangbarkeit von B. _____ nicht untergehen.

Die Angelegenheit ist daher zur Ergänzung des Tatbestandes in diesem Punkt und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.-Der Beklagte obsiegt damit mit Bezug auf die Hälfte der eingeklagten Forderung, wobei der definitive Ausgang der Streitigkeit noch nicht feststeht. Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, den Parteien die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 3 OG) und die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 159 Abs. 3 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 18. April 2000 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.-- wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

3.- Die Parteikosten für das bundesgerichtliche Verfahren werden wettgeschlagen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Bern schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 25. Mai 2001

Im Namen der I. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Das präsidierende Mitglied:

Der Gerichtsschreiber: